



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2009

---

**Selbstständige Berufsausübung im Sinn des Medizinalberufegesetzes  
(MedBG) und des Psychologieberufegesetzes (PsyG). Ein doppeltes  
Missverständnis und dessen mögliche Folgen**

Gächter, Thomas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-29542>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Gächter, Thomas (2009). Selbstständige Berufsausübung im Sinn des Medizinalberufegesetzes (MedBG) und des Psychologieberufegesetzes (PsyG). Ein doppeltes Missverständnis und dessen mögliche Folgen. Jusletter, 9:1-10.

Prof. Dr. Thomas Gächter

## **Selbstständige Berufsausübung im Sinn des Medizinalberufegesetzes (MedBG) und des Psychologieberufegesetzes (PsyG)**

Ein doppeltes Missverständnis und dessen mögliche Folgen

---

Das Medizinalberufegesetz regelt neben der Aus-, Weiter- und Fortbildung auch die selbstständige Berufsausübung der universitären Medizinalberufe. Im Lauf der Entstehung des Gesetzes hat sich das Verständnis des Begriffs der «selbstständigen Berufsausübung» verändert. Die vom Bundesrat wiederholt vertretene Interpretation beruht auf einem doppelten Missverständnis und führt zu unbefriedigenden Ergebnissen. In diesem Beitrag wird diskutiert, ob der Gesetzestext anders zu interpretieren oder aber zu revidieren ist; dies vor allem auch im Hinblick auf das künftige Psychologieberufegesetz, in dem sich die Frage nach der Definition der selbstständigen Berufsausübung akzentuiert stellt.

---

Rechtsgebiet(e): Ausübung von Gesundheitsberufen, Berufspolitik

Zitiervorschlag: Thomas Gächter, Selbstständige Berufsausübung im Sinn des Medizinalberufegesetzes (MedBG) und des Psychologieberufegesetzes (PsyG), in: Jusletter 19. Januar 2009

## Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage und Problemstellung
- II. Zweck der Regelung selbstständiger Berufsausübung
  1. Kantonale Regelungen
  2. Entwicklungen auf Bundesebene
  3. Insbesondere: Psychologieberufegesetz
- III. Der verfehlte Verweis auf das Sozialversicherungs- und Steuerrecht
  1. Botschaft des Bundesrats
  2. Parlamentarische Debatte
- IV. Was gilt nun?
  1. Umgang mit Irrtümern des «historischen» Gesetzgebers
  2. Selbstständige Berufsausübung in der Diskussion
    - a) Stimmen der Lehre
    - b) Politische Interventionen
- V. Wie weiter?
  1. «Korrekte» Interpretation
  2. Anpassung durch den Gesetzgeber
  3. Ausblick, insbesondere auf das Psychologieberufegesetz

## I. Ausgangslage und Problemstellung

[Rz 1] Am 1. September 2007 ist der wesentlichste Teil des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (MedBG) in Kraft getreten, am 1. September 2008 folgten die restlichen Bestimmungen. Das Gesetz trat an die Stelle des aus dem Jahr 1877 stammenden Bundesgesetzes betreffend die Freizügigkeit des Medizinalpersonals (FMPG), das in der jüngeren Vergangenheit mehrfach revidiert worden war. Es fördert im Interesse der öffentlichen Gesundheit die Qualität der universitären Ausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Fortbildung sowie der Berufsausübung der Fachpersonen im Bereich der Humanmedizin, der Zahnmedizin, der Chiropraktik, der Pharmazie und der Veterinärmedizin (Art. 1 Abs. 1 MedBG).

[Rz 2] Die Erteilung von Bewilligungen zur selbstständigen Berufsausübung sowie die gesundheitspolizeiliche Aufsicht liegen weiterhin bei den Kantonen (Art. 34 MedBG), doch sind die Voraussetzungen zur Erteilung und zum Entzug der Bewilligungen auf Bundesebene geregelt (Art. 36–38 MedBG). Es ist demnach von zentraler Bedeutung, wie der Begriff der «selbstständigen Berufsausübung» («exercice à titre indépendant», «libero esercizio») in Art. 34 MedBG ausgelegt wird: Nur für die selbstständige Berufsausübung i.S. von Art. 34 MedBG gelten nämlich die Berufspflichten i.S. von Art. 40 MedBG und nur für diejenigen Arten der Berufsausübung, die nicht unter Art. 34 MedBG zu subsumieren sind, verbleibt den Kantonen eine entsprechende Regelungskompetenz.

[Rz 3] Bereits kurz nach dem Inkrafttreten des Medizinalberufegesetzes stiess dieses, insbesondere dessen Beschränkung auf die Regelung der selbstständigen Berufsausübung, auf Kritik.<sup>1</sup> Der Bundesgesetzgeber wurde aufgefordert, das

Gesetz umgehend zu revidieren und es in seinem Geltungsbereich auch auf die unselbstständige Berufsausübung auszudehnen. Es sei nicht einzusehen, weshalb sich der Bundesgesetzgeber – anders als etwas im Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwälte (BGFA) – bezüglich der Zulassungsvoraussetzungen und der Berufspflichten nur auf die (eng verstandene) selbstständige Berufsausübung beschränke. Eine solche Beschränkung sei verfassungsrechtlich nicht geboten und führe in der Praxis zu schwierigen Abgrenzungsfragen, da für die Berufsausübung von grundsätzlich gleich ausgebildeten Medizinalpersonen unterschiedliche Berufspflichten gelten würden: Für die selbstständig Tätigen die Regeln von Art. 40 MedBG, für die unselbstständig Tätigen die Regeln des kantonalen Rechts.<sup>2</sup>

[Rz 4] Die soeben beschriebene Kritik am Geltungsbereich des Medizinalberufegesetzes erscheint grundsätzlich berechtigt. Das Grundproblem, das nachfolgend zu behandeln ist, besteht jedoch vor allem darin, dass die vom Bundesrat postulierte Auslegung des Begriffs der «selbstständigen Ausübung» zu eng ist und nicht die zutreffenden Kriterien in den Vordergrund stellt. In Kombination mit einem zu engen Verständnis von Art. 95 BV führt dies zu unsachgemässen Lösungen. Die Klärung der Frage ist vor allem auch im Hinblick auf das gegenwärtig vorbereitete Psychologieberufegesetz von Bedeutung, in dem die selbstständige Ausübung der Psychologieberufe ebenfalls geregelt wird. Gerade im Hinblick auf die neuste bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Bewilligung zur selbstständigen Berufsausübung von Psychotherapeuten bei vorliegender Zulassung in einem anderen Kanton<sup>3</sup> würde es die Wirkung des Gesetzes stark einschränken, wenn der Begriff der selbstständigen Berufsausübung zu eng ausgelegt würde.

[Rz 5] In diesem Beitrag wird der Frage nachgegangen, worin der eigentliche Sinn der Beschränkung der Regelung der Berufsausübung auf selbstständig tätige Medizinalpersonen besteht und weshalb das vom Bundesrat postulierte Verständnis des Begriffs der Selbstständigkeit nicht zutrifft. Darauf wird erörtert, wie das Problem de lege lata angegangen werden könnte und ob allenfalls eine Gesetzesrevision erforderlich wäre.

---

Siehe auch THOMAS GÄCHTER/IRENE VOLLENWEIDER, Gesundheitsrecht. Ein Kurzlehrbuch, Basel/Genf/München 2008, Rz. 455, 407, 433, sowie UELI KIESER, Gegenstand und Geltungsbereich des Medizinalberufegesetzes (MedBG), in: RENÉ SCHAFFHAUSER/UELI KIESER/TOMAS POLEDNA (Hrsg.), Das neue Medizinalberufegesetz (MedBG), St. Gallen 2008, S. 19 f.

<sup>2</sup> FELLMANN (Fn. 1), Rz. 5 ff.

<sup>3</sup> Urteil 2C\_15/2008 vom 13. Oktober 2008 (zur Publikation vorgesehen). Siehe eingehend zu diesem Leitentscheid auch CAROLINE BRUGGER SCHMIDT/DANIA TREMP, Macht hoch die Tür, das Tor macht weit, in: Jusletter vom 19. Januar 2009.

<sup>1</sup> Siehe WALTER FELLMANN, Das Medizinalberufegesetz ist neu in Kraft – bitte gleich nachbessern!, in: Jusletter vom 10. September 2007 (= Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht, Nr. 11, Bern 2008, S. 141–143).

## II. Zweck der Regelung selbstständiger Berufsausübung

### 1. Kantonale Regelungen

[Rz 6] Mit der Berufsausübung im Gesundheitswesen geht eine grosse Gefahr für die Patientinnen und Patienten einher. Zum Schutz von Leib und Leben wurde die Zulassung zur Berufsausübung, insbesondere auch die Zulassung zur Ausübung universitärer Medizinalberufe, in den Kantonen für bewilligungspflichtig erklärt.<sup>4</sup> Für universitäre Medizinalberufe war i.d.R. auch für die unselbstständige Berufsausübung eine Bewilligung erforderlich.<sup>5</sup> Die Bewilligungspflicht, die für die betroffenen Medizinalpersonen eine Einschränkung in der Wirtschaftsfreiheit oder der persönlichen Freiheit bedeutete, war polizeilich motiviert, d.h. es bestand Anspruch auf Zulassung, wenn die entsprechenden gesetzlich definierten Zulassungsvoraussetzungen erfüllt waren.<sup>6</sup>

[Rz 7] Die Zulassungsvoraussetzungen bestanden regelmässig darin, dass die fachlichen Anforderungen erfüllt sein mussten (d.h. der Nachweis für eine entsprechende Ausbildung zu erbringen war), dass die Person vertrauenswürdig sein musste und dass keine geistige oder körperliche Behinderung bestand, welche die Berufsausübung offensichtlich verunmöglichen würde.<sup>7</sup> Für Ärztinnen und Ärzte bzw. für die Medizinalpersonen gemäss dem Bundesgesetz betreffend die Freizügigkeit des Medizinalpersonals war die erste Anforderung, d.h. die fachliche Eignung, insofern vereinheitlicht, als auf der Grundlage des Freizügigkeitsgesetzes des Medizinalpersonals gesamtschweizerisch gültige Fähigkeitszeugnisse ausgestellt wurden. Die Kantone durften in fachlicher Hinsicht keine höheren, wohl aber geringere Anforderungen stellen als das Freizügigkeitsgesetz.<sup>8</sup>

[Rz 8] Da die Regelungskompetenz für die Zulassung zur *Berufsausübung* für Ärztinnen und Ärzte bis Ende Mai 2002 in den Händen der Kantone lag und diese i.d.R. sowohl die selbstständige wie die unselbstständige Berufsausübung für bewilligungspflichtig erklärten, war die Abgrenzung zwischen den beiden Formen der Berufsausübung weniger bedeutsam, als sie es heute ist: Heute bestimmt sich, wie beschrieben, nach Massgabe der Definition der selbstständigen Berufsausübung i.S. von Art. 34 MedBG, welche Kompetenzen den Kantonen noch verbleiben.

[Rz 9] Für die Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit verwendeten die kantonalen

Gesetze unterschiedliche Konzepte: Die einen Kantone stellten eher auf wirtschaftliche Aspekte ab (Tätigkeit auf eigene Rechnung), andere auf fachliche Gesichtspunkte («in eigenem Namen» oder «in eigener fachlicher Verantwortung»)<sup>9</sup>. Häufig wurden die Konzepte auch kombiniert.<sup>10</sup> Die Wahl des Konzepts war insofern nicht besonders weit reichend, als die Kantone die Regelungskompetenz sowohl für die selbstständige wie auch die unselbstständige Ausübung von Berufsausübung innehatten. Zu beachten ist zudem, dass auch die Anknüpfung an wirtschaftliche Aspekte primär dem Ziel diente, die Behandlung durch die fachlich befähigte Person sicherzustellen; d.h. grundsätzlich musste die Tätigkeit selbst, auf eigene Rechnung, vorgenommen werden und durfte i.d.R. nur unter besonderen Voraussetzungen an einen Stellvertreter delegiert werden.<sup>11</sup>

### 2. Entwicklungen auf Bundesebene

[Rz 10] Bereits im Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Aus-, Weiter- und Fortbildung der medizinischen Berufe vom Dezember 1997<sup>12</sup> (Vorentwurf Fleiner I) wurde als Ziel der Weiterbildung genannt, dass sie Inhaberinnen und Inhaber eines eidgenössischen Diploms befähigen soll, ihren Beruf eigenverantwortlich und selbstständig auszuüben (Art. 11 Abs. 1). Laut Art. 18 desselben Vorentwurfs sollte der eidgenössische oder vom Bund anerkannte Fachtitel in der ganzen Schweiz als Ausweis der fachlichen Befähigung zur entsprechenden selbstständigen und eigenverantwortlichen Tätigkeit gelten und Voraussetzung für die kantonale Bewilligung zur Berufsausübung sein. Im Gegensatz zum damals geltenden Recht sollten die Ausbildung an einer Universität und das Staatsexamen allein nicht mehr für die Wahrnehmung einer selbstständigen medizinischen Tätigkeit genügen. Erst nach Abschluss der auf der Ausbildung aufbauenden Weiterbildung sollten Medizinalpersonen im entsprechenden Bereich dazu berechtigt sein.<sup>13</sup> Wer dagegen erst das eidgenössische Diplom und noch keinen Weiterbildungstitel erworben habe, sollte lediglich berechtigt sein, in der ganzen Schweiz den entsprechenden medizinischen Beruf unter der Verantwortung und der Aufsicht von Inhaberinnen oder Inhabern eines eidgenössischen oder eines vom Bund anerkannten Fachtitels auszuüben (Art. 5).

[Rz 11] Auch der Vorentwurf vom Mai 1999 zum Bundesgesetz über die medizinische Ausbildung in medizinischen

<sup>4</sup> TOMAS POLEDNA/BRIGITTE BERGER, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002, S. 30, 46 f.

<sup>5</sup> POLEDNA/BERGER (Fn. 4), S. 31.

<sup>6</sup> POLEDNA/BERGER (Fn. 4), S. 46.

<sup>7</sup> Siehe POLEDNA/BERGER (Fn. 4), S. 31; HANS OTT, in: HEINRICH HONSELL (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 216 ff.

<sup>8</sup> OTT (Fn. 4), S. 218 f.

<sup>9</sup> Z.B. POLEDNA/BERGER (Fn. 4), S. 46, Fn. 145.

<sup>10</sup> Vgl. etwa THOMAS WAGNER, Die Voraussetzungen der Zulassung zum Arztberuf und deren verfassungsrechtliche Grundlagen, Zürich 1979, S. 54 ff.

<sup>11</sup> Siehe für das ältere Recht im Kanton Zürich etwa WAGNER (Fn. 10), S. 70 ff.

<sup>12</sup> Vorentwurf zum Bundesgesetz über die Aus-, Weiter- und Fortbildung der medizinischen Berufe (Medizinalberufegesetz/MedBG) vom Dezember 1997.

<sup>13</sup> Erläuternder Bericht zum Vorentwurf Fleiner I vom Dezember 1997, S. 9, 19.

Berufen sah in Art. 6 vor, dass Ärztinnen und Ärzte, die das eidgenössische Diplom erworben haben, nur unter Aufsicht von Inhaberinnen oder Inhabern eines eidgenössischen Weiterbildungstitels ärztliche Handlungen ausüben dürfen.<sup>14</sup> Entsprechend dem Konzept dieses Vorentwurfs, nur die universitäre Grundausbildung zu regeln, enthielt er keine weiteren Ausführungen über die Zulassung zur selbstständigen Berufsausübung.

[Rz 12] Mit der Revision des früheren Freizügigkeitsgesetzes für das Medizinalpersonal, die auf dem Vorentwurf zum Medizinalberufegesetz, Teil Weiterbildung, beruhte,<sup>15</sup> sind per 1. Juni 2002<sup>16</sup> die fachlichen Anforderungen für die Zulassung zur *selbstständigen Beraufsausübung* von Ärztinnen und Ärzten bzw. von Medizinalpersonen, die dem Freizügigkeitsgesetz unterstanden, vereinheitlicht worden. Eine kantonale Bewilligung für die selbstständige Ausübung des Arztberufs konnte nur noch an Inhaber eines eidgenössischen *Weiterbildungstitels* erteilt werden (Art. 11 Abs. 2 FMPG), wobei diesen die Inhaber von anerkannten ausländischen Weiterbildungstiteln gleichgestellt wurden (Art. 10 Abs. 2 FMPG).<sup>17</sup>

[Rz 13] Spätestens seit dem 1. Juni 2002 waren somit auf Bundesebene gesetzliche Anhaltspunkte dafür zu finden, was unter «selbstständiger Berufsausübung» zu verstehen war. Die Botschaft zum revidierten Art. 11 Abs. 2 FMPG ist bezüglich des hier interessierenden Punktes zwar nicht sehr aussagekräftig.<sup>18</sup> Da die Revision des Freizügigkeitsgesetzes aber auf dem Vorentwurf zum Medizinalberufegesetz beruhte, liegt es zumindest nahe, dass auch dieselbe Konzeption von Selbstständigkeit übernommen werden sollte, wie sie dem Vorentwurf zu Grunde lag. Demnach stand beim Begriff der Selbstständigkeit der fachliche Aspekt im Vordergrund: Die fachliche Eigenverantwortung sollte nur von einer Person übernommen werden können, die über einen entsprechenden Weiterbildungstitel und damit über die Voraussetzung für die selbstständige Berufsausübung verfügte.<sup>19</sup>

[Rz 14] Diese Konzeption steht im Einklang mit den Zielen der Bewilligungspflicht für die selbstständige Berufsausübung von Medizinalpersonen, insbesondere von Ärztinnen und Ärzten: Die Gesundheit der Patientinnen und Patienten soll geschützt werden. Es soll gewährleistet werden,

dass die Verantwortung für ihre Behandlung bei einer sehr gut ausgebildeten Fachperson liegt, die im Rahmen einer Weiterbildung ihre Kenntnisse und Fertigkeiten vertieft und erweitert hat. Dieses polizeiliche Interesse rechtfertigt denn auch – wie bereits ausgeführt – die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit und ev. der persönlichen Freiheit der betroffenen Medizinalpersonen.

### 3. Insbesondere: Psychologieberufegesetz

[Rz 15] Ursprünglich waren die Psychologieberufe von den Vorarbeiten zum Medizinalberuferecht miterfasst, d.h. im Vorentwurf Fleiner I (1997)<sup>20</sup> waren sie noch enthalten. Aufgrund der zum grössten Teil negativen Rückmeldungen zu diesen Bestimmungen entschied der Bundesrat 1998, die Psychologieberufe in einem eigenständigen Gesetz zu regeln.<sup>21</sup> Im Mai 2005 wurde ein Vorentwurf in die Vernehmlassung geschickt (VE PsyG).<sup>22</sup> Die Vernehmlassungsergebnisse wurden in einem Bericht vom Dezember 2006 zusammengefasst.<sup>23</sup> Der Bundesrat hat in Aussicht gestellt, dass das EDI dem Bundesrat bis Mitte 2009 einen Gesetzesentwurf samt Botschaft unterbreiten wird.<sup>24</sup>

[Rz 16] Es erstaunt grundsätzlich nicht, dass der Entwurf ebenfalls von einem ähnlichen Verständnis von Selbstständigkeit ausgeht wie die entsprechenden Entwürfe zum Medizinalberufegesetz und seit 2002 das Freizügigkeitsgesetz: Psychologieberufe dürfen gemäss Art. 28 Abs. 1 VE PsyG nur von Inhaberinnen und Inhabern eines anerkannten Weiterbildungstitels selbstständig ausgeübt werden.<sup>25</sup> Art. 28 Abs. 3 VE PsyG sieht denn auch ergänzend dazu ausdrücklich vor, dass Personen ohne Weiterbildung Psychologieberufe, die dem Weiterbildungsobligatorium unterstehen, nur unter der Verantwortung einer zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Person ausüben dürfen. Massgeblich für die selbstständige Berufsausübung ist damit auch hier die Befähigung zur fachlichen Eigenverantwortung. Gewerbsmässige psychologische Dienstleistungen sollen künftig auf einer qualifizierten psychologischen Ausbildung und gegebenenfalls auf einer umfassenden Weiter- und Fortbildung basieren.<sup>26</sup>

<sup>14</sup> Vorentwurf vom Mai 1999 zum Bundesgesetz über die medizinische Ausbildung in medizinischen Berufen.

<sup>15</sup> Vgl. BBl 2005 183 f.

<sup>16</sup> AS 2002 701 722.

<sup>17</sup> THOMAS SPOERRI, Medizinalpersonen, in: THOMAS POLEDNA/UELI KIESER (Hrsg.), Gesundheitsrecht, Basel/Genf/München 2005, N. 141. Siehe auch THOMAS EICHENBERGER/MARIO MARTI, Recht für Ärzte, Bern 2003, S. 117 f.

<sup>18</sup> Siehe BBl 1999 6381. Die Botschaft ist für unsere Frage deshalb nicht sehr gehaltvoll, weil die Änderung im Zusammenhang mit der Genehmigung der sektoriellen Abkommen mit der EU stand und deshalb vor allem die in diesem Zusammenhang interessierenden Aspekte hervorhob.

<sup>19</sup> In diesem Sinn wohl auch HANSPETER KUHN/GIAN ANDREA RUSCA/SIMON STETTLER, Rechtsfragen der Arztpraxis, in: MORITZ W. KUHN/THOMAS POLEDNA (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 305.

<sup>20</sup> Siehe Fn. 12.

<sup>21</sup> Siehe den Vorentwurf und die Erläuterungen dazu unter [www.bag.admin.ch/themen/berufe/00994/01028/index.html?lang=de](http://www.bag.admin.ch/themen/berufe/00994/01028/index.html?lang=de).

<sup>22</sup> Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Psychologieberufe.

<sup>23</sup> Vernehmlassungsergebnisse zum Bundesgesetz über die Psychologieberufe.

<sup>24</sup> So die Antwort des Bundesrates vom 27.08.2008 auf die Interpellation Gutzwiller (08.3275), Wann kommt die Botschaft zum Psychologieberufegesetz? Siehe auch die entsprechende Mitteilung unter [www.bag.admin.ch/themen/berufe/00994/01026/index.html?lang=de](http://www.bag.admin.ch/themen/berufe/00994/01026/index.html?lang=de).

<sup>25</sup> Wobei im VE PsyG noch mit zwei Regelungsvarianten gearbeitet wird: In der ersten Variante werden die Bereiche, in denen ein Weiterbildungstitel erforderlich ist, explizit genannt, in der zweiten Variante wird auf den Geltungsbereich des Gesetzes (Variante von Art. 2 Abs. 2 VE PsyG) Bezug genommen.

<sup>26</sup> Erläuternder Bericht VE PsyG (Fn. 21), S. 7.



[Rz 17] Auf einen erstaunlichen Aspekt kann bereits an dieser Stelle hingewiesen werden: Das sogleich zu beschreibende Verständnis der Selbstständigkeit, das in der Botschaft zum Medizinalberufegesetz vom Dezember 2004 aufscheint (siehe sogleich Ziff. III), kommt im erläuternden Bericht zum Vorentwurf zum Psychologieberufegesetz aus dem Mai 2005 nicht vor. Dieses steht wie beschrieben auf der sachlich wohl zutreffenden Grundlage der Vorarbeiten zum Medizinalberuferecht und des Freizügigkeitsgesetzes in der seit 1. Juni 2002 geltenden Fassung.

### III. Der verfehlt Verweis auf das Sozialversicherungs- und Steuerrecht

#### 1. Botschaft des Bundesrats

[Rz 18] In seiner Botschaft zum Medizinalberufegesetz erklärt der Bundesrat zunächst, dass durch die bundesrechtliche Regelung der selbstständigen Berufsausübung die hohe Qualität der medizinischen Dienstleistungen in der Schweiz sichergestellt werden soll.<sup>27</sup> Zum Erfordernis des Weiterbildungstitels, der für die selbstständige Ausübung des Arzt- und des Chiropraktorenberufs erforderlich ist, führt er aus, dass in diesen Berufen mit einem blossen eidgenössischen Diplom eine Tätigkeit nur unter Aufsicht einer Person möglich sei, die über einen entsprechenden Weiterbildungstitel verfügt.<sup>28</sup>

[Rz 19] Völlig überraschend erscheint nach dem bisher Ausgeführten die Wende, die der Bundesrat bei seinen Erläuterungen zu Art. 34 MedBG vollzieht: Er stellt für die Umschreibung der Selbstständigkeit nicht mehr wie in den Vorentwürfen auf die (fachlich) eigenverantwortliche Tätigkeit ab, sondern auf die Abgrenzungskriterien zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit, wie sie im Sozialversicherungs- und Steuerrecht entwickelt worden sind. Er führt dabei wörtlich aus:

*«Zum Begriff der selbstständigen Erwerbstätigkeit kann grundsätzlich auf den Bericht des Bundesrates über eine einheitliche und kohärente Behandlung von selbstständiger bzw. unselbstständiger Erwerbstätigkeit im Steuer- und im Sozialversicherungsabgaberecht vom 14. November 2001<sup>29</sup> verwiesen werden. Dieser Bericht stellt fest, dass sich die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Abgrenzung der selbstständigen von der unselbstständigen Erwerbstätigkeit in den verschiedenen Rechtsgebieten (Steuerrecht, Sozialversicherungsrecht und Arbeitsvertragsrecht) nur geringfügig unterscheiden. Charakteristisch für die unselbstständige Tätigkeit ist z.B. das Bestehen*

*eines Subordinationsverhältnisses. Indizien dafür sind: das Bestehen eines Arbeitsplanes, die Pflicht zur persönlichen Aufgabenerfüllung, die Präsenzpflcht, die Notwendigkeit, über den Stand der Arbeiten Bericht zu erstatten, kein Unternehmerrisiko, das Tragen der Verantwortung nach aussen durch den Arbeitgeber sowie das Angewiesensein auf die Infrastruktur am Arbeitsort. Demgegenüber deuten die Tätigkeit von erheblichen Investitionen, die Benützung eigener Geschäftsräumlichkeiten, Unternehmerrisiko, volle Verantwortung nach aussen und die Beschäftigung von eigenem Personal auf die selbstständige Tätigkeit hin. Die Rechtsprechung betont stets, dass sich aus diesen Grundsätzen noch keine einheitlichen, schematisch anwendbaren Lösungen ableiten lassen. Vielmehr ist die Stellung der Betroffenen im Einzelfall unter Würdigung der gesamten Umstände zu beurteilen.»<sup>30</sup>*

[Rz 20] Diesen Rückgriff auf eine Begriffsbildung aus anderen Rechtsgebieten begründet der Bundesrat nicht näher. Er nimmt auch nicht dazu Stellung, dass diese Meinung von der bisherigen Rechtsentwicklung abweicht; vor allem aber werden keine Hinweise darauf gegeben, welche Konsequenzen diese begriffliche Neuorientierung für das gesamte Medizinalberufegesetz haben könnte. Wie bereits angeführt steht dieser Rückgriff auch im Widerspruch zu den Erläuterungen zum Vorentwurf des Psychologieberufegesetzes, die der Bundesrat ein halbes Jahr später verabschiedet hat.<sup>31</sup>

[Rz 21] Bei aller Sympathie für eine kohärente Rechtsetzung, eine bereichsübergreifende Koordination von Begriffen und die Berücksichtigung des Prinzips der Einheit der Rechtsordnung: Dieser Rückgriff war ein eigentlicher *Fehlgriff*! Dies zeigt sich allein schon daran, dass sich der angeführte Bericht mit der Qualifikation von «selbstständiger Erwerbstätigkeit» im Sozialversicherungs- und Steuerrecht befasst, das Medizinalberufegesetz aber – in begrifflicher Kontinuität zu Art. 11 Abs. 2 FMFG – von «selbstständiger Ausübung» eines Medizinalberufs spricht; und diese selbstständige Ausübung wiederum in erster Linie auf eigenverantwortliche, d.h. fachlich selbstständige Tätigkeiten bezogen war. Die Regelung der selbstständigen Ausübung hat den Schutz von Leib und Leben der Patientinnen und Patienten zum Zweck und soll deshalb, wie an anderer Stelle in derselben Botschaft ausgeführt, der hohen Qualität der medizinischen Dienstleistungen in der ganzen Schweiz dienen.<sup>32</sup> Es spielt für die Patienten keine Rolle, ob ein Arzt oder eine Chiropraktorin die Kriterien der Selbstständigkeit nach Sozialversicherungs- und Steuerrecht erfüllt; wichtig ist einzig, dass die Behandlung durch eine hinreichend befähigte Person eigenverantwortlich vorgenommen oder aber, wenn die entsprechenden Qualifikationen noch nicht vollständig erworben worden sind, von einer

---

<sup>27</sup> BBI 2005 201.

<sup>28</sup> BBI 2005 227.

<sup>29</sup> BBI 2002 I 1126.

<sup>30</sup> BBI 2005 224 f.

<sup>31</sup> Siehe vorne Rz. 17.

<sup>32</sup> Siehe Fn. 27.

hinreichend qualifizierten Person beaufsichtigt wird. Eine Unterscheidung gemäss dem sozialversicherungs- bzw. steuerrechtlichen Begriffsverständnis macht mit anderen Worten in diesem Zusammenhang *keinen Sinn* und liegt auch nicht auf der Linie des eigentlichen Gesetzeszwecks.

[Rz 22] Weiter darf die Feststellung im genannten Bericht, dass sich die Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit in den Rechtsgebieten Sozialversicherungs-, Steuer- und Arbeitsrecht nur geringfügig unterscheiden, nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Begriffsbildung in diesen Gebieten eine andere Funktion hat: Es geht im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht in erster Linie darum, den Bereich des besonderen Schutzes abzugrenzen, der den Arbeitnehmenden bzw. Unselbstständigen zukommt; im Steuerrecht wiederum geht es darum, das Steuersubstrat korrekt zu erfassen. Wie dargelegt ist der Schutzzweck der Bewilligungsvoraussetzungen für die selbstständigen Medizinalberufe aber ein anderer; es darf deshalb nicht unbesehen und ohne weitere Erläuterungen auf die sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Abgrenzungen abgestellt werden.<sup>33</sup>

## 2. Parlamentarische Debatte

[Rz 23] Zu Art. 34 MedBG, dem eigentlichen Gegenstand dieses Beitrags, fand in den Räten keine (direkte) Diskussion statt. Dem Entwurf des Bundesrats wurde sowohl im Nationalrat als Erstrat<sup>34</sup> als auch im Ständerat als Zweitrat<sup>35</sup> ohne weiteres zugestimmt.

[Rz 24] Indirekt wurde die Problematik aber im Zusammenhang mit den Berufspflichten gemäss Art. 40 MedBG angesprochen. Ein Minderheitsantrag verlangte, dass der Wortlaut im Ingress von Art. 40 MedBG insofern angepasst werden sollte, als die Wendung «und eigenverantwortlich» zu ergänzen sei. Die in Art. 40 MedBG genannten Berufspflichten sollten sich nach diesem Antrag auf alle Personen beziehen, die einen universitären Medizinalberuf selbstständig und eigenverantwortlich ausüben. Eine terminologische Entsprechung findet sich in Art. 17 MedBG, nach welchem die eigenverantwortliche Berufsausübung das Ziel der Weiterbildung darstellt. Begründet wurde der Antrag damit, dass dadurch die Verantwortlichkeit umfassend und klar geregelt werde. Es sei klar, dass in Spitälern oder ähnlichen Institutionen der Chefarzt die Verantwortung über seine Ärzte trage; es gehe bei dieser Präzisierung vor allem um Gemeinschaftspraxen und Grossapotheken, bei denen ohne die vorgeschlagene Ergänzung eine Lücke klaffen würde.<sup>36</sup> Es gebe zunehmend Medizinalpersonen, die in einem Angestelltenverhältnis stünden. Es wäre nicht einzusehen und auch nicht im Interesse einer

qualitativ hochstehenden medizinischen Versorgung, wenn angestellte Medizinalpersonen den Berufspflichten nicht unterstellt werden sollten.<sup>37</sup>

[Rz 25] Diesem Antrag wurde entgegnet, dass im Rahmen der Kommissionsarbeit Abklärungen mit der Verwaltung vorgenommen worden seien. Diese hätten ergeben, dass der Begriff «eigenverantwortlich» rechtlich nicht definiert und in diesem Sinn nicht justiziabel sei. Ebenso hätten die Abklärungen ergeben, dass selbst bei Managed-Care-Modellen, also beispielsweise auch in einer Gruppenpraxis, jeder Arzt oder jede Ärztin, der oder die an einem Managed-Care-Modell beteiligt ist, seinen oder ihren Beruf selbstständig im Sinn des Medizinalberufegesetzes ausübe, eine eigene Praxisbewilligung habe. Die Ergänzung um den Begriff «eigenverantwortlich» sei damit überflüssig,<sup>38</sup> verwische in der Tendenz sogar eher die Verantwortlichkeit.<sup>39</sup>

[Rz 26] Schliesslich nahm auch Bundesrat COUCHEPIN zum Minderheitsantrag ablehnend Stellung. Er folgte der Systematik der Begründung in der Botschaft, die zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit unterscheidet, und warf dem Minderheitsantrag vor, eine dritte Kategorie zu schaffen, nämlich diejenige der Eigenverantwortlichen, was lediglich zu Verwirrungen führe. Vor allem aber hätten Abklärungen mit der Verwaltung ergeben, dass die Berufspflichten bei den unselbstständigen Medizinalpersonen durch die entsprechenden Arbeitsverträge rigoros eingefordert würden. Den unselbstständig Tätigen seien klare Verantwortlichkeiten zugewiesen und sie unterständen einer professionellen und disziplinarischen Aufsicht. Weil dies bei selbstständigen Medizinalpersonen fehle, sei die Regelung mit dem Medizinalberufegesetz nötig, welche diese Personengruppe entsprechend in die Pflicht nehme. Darüber hinaus sehe die Bundesverfassung in Art. 95 BV einzig vor, dass der Bund betreffend die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit legiferieren könne. Die Praxis habe denn auch Kriterien entwickelt, um selbstständige Tätigkeiten einzugrenzen, z.B. das Kriterium des unternehmerischen Risikos. Dieses treffe unselbstständig Tätige nicht, weshalb sie von Art. 95 BV nicht erfasst würden.<sup>40</sup>

[Rz 27] Am Ende wurde der Antrag der Minderheit mit 84 zu 83 Stimmen abgelehnt und dem Mehrheitsantrag gefolgt,<sup>41</sup> der aufgrund der Zustimmung des Ständerats<sup>42</sup> auch Eingang in den definitiven Gesetzestext gefunden hat.

---

<sup>33</sup> Insofern zutreffend BORIS ETTER, Medizinalberufegesetz MedBG, Stämpfli Handkommentar, Bern 2006, Art. 34, N. 7, 18.

<sup>34</sup> AB 2005 N 935.

<sup>35</sup> AB 2006 S 81.

<sup>36</sup> AB 2005 N 1361, Votum SCHERER.

<sup>37</sup> AB 2005 N 1362, Votum HUMBEL NÄF.

<sup>38</sup> AB 2005 N 1363, Votum GOLL.

<sup>39</sup> AB 2005 N 1364, Votum GUTZWILLER.

<sup>40</sup> AB 2005 N 1364, Votum COUCHEPIN.

<sup>41</sup> AB 2005 N 1365.

<sup>42</sup> AB 2006 S 83.

## IV. Was gilt nun?

### 1. Umgang mit Irrtümern des «historischen» Gesetzgebers

[Rz 28] Welche Schlüsse sind nun aufgrund der Entstehungsgeschichte und insbesondere aufgrund der parlamentarischen Debatte für die historische Auslegung des Begriffs der «selbstständigen Berufsausübung» zu ziehen? Es scheint, dass der Bundesrat seinen – über lange Jahre vorbereiteten – Gesetzesentwurf in der letzten Phase der Vorbereitung plötzlich missverstanden hat und bei der Abfassung der Botschaft auf die nur auf den ersten Blick naheliegende Idee verfallen ist, die selbstständige Ausübung von Medizinalberufen mit den Kriterien der Selbstständigkeit i.S. des Sozialversicherungs- und Steuerrechts von den unselbstständigen Tätigkeiten abzugrenzen.

[Rz 29] Offenbar haben Abklärungen während der Arbeit der nationalrätlichen Kommission aber ergeben, dass mit dem Begriff der selbstständigen Ausübung durchaus auch Leute erfasst werden könnten, die in Managed-Care-Modellen oder Gruppenpraxen tätig seien,<sup>43</sup> allenfalls also auch Personen, die sozialversicherungsrechtlich nicht als selbstständig gelten. Bereits in der parlamentarischen Beratung folgte dann Bundesrat COUCHEPIN dem Ansatz, Selbstständigkeit in Anlehnung an sozialversicherungsrechtliche Kriterien zu definieren. Spätestens die geschilderte Stellungnahme, dass die Berufspflichten i.S. von Art. 40 MedBG nur für Selbstständige gedacht seien, weil die angestellten Medizinalpersonen ja arbeitsvertraglich an ihre Pflichten gebunden würden und einer professionellen und disziplinarischen Aufsicht unterständen,<sup>44</sup> lässt erahnen, dass hier die ursprüngliche Intention des Gesetzes verkannt wurde: Untersteht ein Arzt, der sich von einem beliebigen Betrieb anstellen lässt und in dieser Funktion medizinische Dienstleistungen erbringt, tatsächlich einer professionellen und disziplinarischen Aufsicht, die hinreichenden Schutz gewährt? Die Patientinnen und Patienten sollen doch – wie aus früheren Äusserungen im Gesetzgebungsverfahren sehr deutlich wurde – gerade vor Eingriffen durch Personen geschützt werden, die selbst nicht über die nötigen Voraussetzungen (z.B. einen Weiterbildungstitel bei Ärzten und Chiropraktoren, Art. 36 Abs. 2 MedBG) verfügen und auch nicht unter einer entsprechenden fachlichen Aufsicht stehen.

[Rz 30] Wenn man den Begriff der selbstständigen Ausübung tatsächlich nur auf die Selbstständigen i.S. des Sozialversicherungsrechts bezieht, verbleiben die übrigen Tätigkeiten im Regelungsbereich der Kantone. Das mit dem Medizinalberufegesetz explizit angestrebte Ziel, die selbstständig erbrachten medizinischen Dienstleistungen auf

einem qualitativ hohen Niveau zu halten,<sup>45</sup> würde durch diese starke Einschränkung des Begriffs der Selbstständigkeit relativiert bzw. der kantonalen Vielfalt überlassen. Aber nicht darauf, sondern auf vertragliche und disziplinarische Kontrolle hat Bundesrat COUCHEPIN vertraut; und dieser Standpunkt findet nun wirklich keinen Halt im Medizinalberufegesetz und schützt Leib und Leben der Patientinnen und Patienten nicht hinreichend.

[Rz 31] Offenbar sassen Bundesrat COUCHEPIN und die Verwaltung aber noch einem weiteren Irrtum auf, der aus juristischer Sicht nur schwer nachzuvollziehen ist: In der parlamentarischen Debatte sowie bei späteren Gelegenheiten<sup>46</sup> wurde geltend gemacht, Art. 95 BV, der den Bund mit einer sehr offenen Formulierung zur Gesetzgebung über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit ermächtigt, beziehe sich nur auf Selbstständigerwerbende, nicht aber auf Unselbstständige. Damit vermengte Bundesrat COUCHEPIN offensichtlich die Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit mit der Abgrenzung zwischen privatwirtschaftlicher und nicht-privatwirtschaftlicher Tätigkeit.<sup>47</sup> Nicht zu Unrecht wurde dieser Gedankenschritt explizit als «Denkfehler» bezeichnet.<sup>48</sup>

[Rz 32] Als privatwirtschaftliche Tätigkeit i.S. von Art. 95 BV (sowie von Art. 27 Abs. 2 BV)<sup>49</sup> gilt jede private Erwerbstätigkeit, die der Erzielung eines Gewinns oder eines Erwerbseinkommens dient.<sup>50</sup> Die Ausübung i.S. von Art. 95 BV umfasst dabei alle Aspekte, Belange und Stufen privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit, nicht nur die Ausübung i.e.S., sondern auch die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen der Berufsausübung.<sup>51</sup> Die herrschende Lehre stellt nicht in Frage, dass sich der Begriff der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit auch auf unselbstständige Erwerbstätigkeit bezieht;<sup>52</sup> selbst wenn allfällige Regelungen naturgemäss häufiger Selbstständigerwerbende treffen. Auch zur Geltungszeit der alten Bundesverfassung bestand keine entsprechende

<sup>43</sup> Siehe Rz. 18.

<sup>44</sup> Siehe insbesondere die Antworten auf die Anfrage STAHL und die Interpellation RECORDON, beides geschildert in Rz. 38 f.; siehe auch den Hinweis bei FELLMANN (Fn. 1), Rz. 6.

<sup>47</sup> Siehe auch FELLMANN (Fn. 1), Rz. 7.

<sup>48</sup> So WALTER FELLMANN, Berufspflichten der Medizinalpersonen nach Art. 40 MedBG, in: RENÉ SCHAFFHAUSER/Ueli KIESER/TOMAS POLEDNA (Hrsg.), Das neue Medizinalberufegesetz (MedBG), St. Gallen 2008, S. 96 ff.

<sup>49</sup> Siehe etwa RENÉ RHINOW, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel/Genf/München 2003, N. 2842.

<sup>50</sup> RETO JACOBS, St. Galler Kommentar, Art. 95 BV, N. 7.

<sup>51</sup> GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007, Art. 95, N. 5; siehe auch GÄCHTER/VOLLENWEIDER (Fn. 1), Rz. 124 f.

<sup>52</sup> Z.B. JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zürich/Basel/Genf 2003, Art. 27, N. 8; BIAGGINI (Fn. 51), Art. 27, N. 8; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 1053, 1077 f.; KLAUS VALLENDER, St. Galler Kommentar, Art. 27 BV, N. 19, mit Hinweisen auf die langjährige bundesgerichtliche Praxis.

<sup>43</sup> Siehe Rz. 26.

<sup>44</sup> Siehe bei Fn. 40.



Einschränkung: Die in Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 aBV enthaltene Gesetzgebungskompetenz für Vorschriften «über die Ausübung von Handel und Gewerben» wurde nicht so eng ausgelegt.<sup>53</sup> Keine Grundlage bietet Art. 95 BV dagegen für den Erlass von Vorschriften, welche Tätigkeiten der öffentlichen Hand regeln.<sup>54</sup> Vor diesem Hintergrund ist nicht einzusehen, weshalb eine Erstreckung des Geltungsbereichs des Medizinalberufegesetzes auf die Berufsausübung Unselbstständiger nicht möglich sein soll, solange diese nicht für das Gemeinwesen tätig sind.<sup>55</sup> In diesen letztgenannten Fällen wiederum würde dann die von Bundesrat COUCHEPIN erwähnte Aufsicht mindestens insofern spielen, als die Medizinalpersonen i.d.R. in Institutionen eingebunden sind, die über entsprechendes Fachwissen und gegebenenfalls über Disziplinargewalt verfügen.

[Rz 33] Es besteht zwischen der älteren Entstehungsgeschichte des Medizinalberufegesetzes und der jüngeren Auffassung des Bundesrats und der Bundesverwaltung zur Frage, was als selbstständige Berufsausübung zu qualifizieren sei, ein deutlicher Widerspruch. Die Auffassung des Bundesrats, die in der Botschaft und in der parlamentarischen Debatte zum Ausdruck gekommen ist, greift nach meiner Ansicht zu kurz und beruht auf *zwei handfesten Missverständnissen*: Einerseits einer missverständlichen Bezugnahme auf die Abgrenzung von selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit im Sozialversicherungs- und im Steuerrecht, andererseits auf einer falschen Auslegung von Art 95 BV. Zudem war die äusserst knappe Ablehnung des Minderheitsantrags zur Ergänzung von Art. 40 MedBG wohl auch darauf zurückzuführen, dass mehrfach behauptet wurde, die von der Minderheit benannte Regelungslücke bestünde nicht. Vielmehr seien die von der Minderheit geltend gemachten Fälle durch das Gesetz in dem Sinn erfasst, dass die entsprechenden Tätigkeiten als selbstständige Ausübung im Sinn von Art. 34 MedBG erfasst würden.<sup>56</sup> Im Ergebnis liefert damit auch eine eingehende Befassung mit der Entstehung des Gesetzes keine unzweideutigen Hinweise auf die zutreffende Auslegungsvariante.

## 2. Selbstständige Berufsausübung in der Diskussion

### a) Stimmen der Lehre

[Rz 34] Bereits zu Beginn wurde auf Lehrmeinungen hingewiesen, welche die vom Bundesrat postulierte Auslegung

des Selbstständigkeitsbegriffs stark kritisieren.<sup>57</sup> Auf diese wird hier nicht nochmals eingegangen.

[Rz 35] Bedeutend weniger kritisch stellt der von BORIS ETTER verfasste erste Kommentar zum Medizinalberufegesetz fest, dass der Status der selbstständigen Tätigkeit im Gesetz nicht definiert wird, und gibt sodann die Ausführungen der Botschaft wieder.<sup>58</sup> Es wird auch darauf hingewiesen, dass in allen neuen Geschäftsmodellen im Gesundheitswesen (Gross- und Gemeinschaftspraxen, Gesundheitszentren) das Vorliegen selbstständiger Erwerbstätigkeit (nicht selbstständiger Ausübung!) zu beurteilen sei,<sup>59</sup> die kantonale Behörde sich bei der Würdigung aber nicht auf die Verfügungen anderer Behörden wie z.B. der AHV-Ausgleichskassen oder der Steuerbehörden verlassen dürfe.<sup>60</sup> Sodann fasst er die Kriterien und Indizien für eine selbstständige Erwerbstätigkeit im Sinn des Medizinalberufegesetzes in folgenden vier Punkten zusammen: 1. Tragung des unternehmerischen Risikos der medizinischen Tätigkeit; 2. Abrechnung mit den Patientinnen und Patienten; 3. Direkte oder indirekte Tragung des Risikos des Ausfalls der Debitoren (Delkredererisiko); 4. Medizinische Verantwortung für die Behandlung der Patientinnen und Patienten, wobei Überweisungen an Spezialistinnen und Spezialisten für einzelne Behandlungsteile nicht gegen das Vorhandensein der medizinischen Verantwortung sprechen.<sup>61</sup>

[Rz 36] Bei den soeben genannten Kriterien handelt es sich um eine Kombination von Elementen der Abgrenzung von selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit: Die drei ersten Kriterien entstammen im Wesentlichen dem Sozialversicherungsrecht, das vierte Kriterium stellt einen Bezug zum klassischen Kriterium für die Beurteilung einer selbstständigen Tätigkeit her, nämlich zur medizinischen Verantwortung der Medizinalperson. Der Kriterienkatalog ist damit sehr heterogen und illustriert, wie wenig die in der Botschaft überraschend herangezogenen Kriterien zu überzeugen vermögen. Gerade für die Qualifikation der Medizinalpersonen in neuen Geschäftsmodellen (Grosspraxen, Managed-Care-Systeme, Ärzte-Systeme, medizinische Aktiengesellschaften<sup>62</sup>) führt die Anwendung all dieser Kriterien zu keinen befriedigenden Ergebnissen, da sehr viele Personen, die eigentlich in der

<sup>57</sup> Siehe vorne bei Fn. 1.

<sup>58</sup> ETTER (Fn. 33), Art. 34, N. 8 ff.

<sup>59</sup> ETTER (Fn. 33), Art. 34, N. 13.

<sup>60</sup> ETTER (Fn. 33), Art. 34, N. 7.

<sup>61</sup> ETTER (Fn. 33), Art. 34, N. 14 ff.; ebenfalls der Interpretation des Bundesrates folgen offenbar MARIO MARTI/PHILIPP STRAUB, Arzt und Berufsrecht, in: MORITZ W. KUHN/TOMAS POLEDNA (Hrsg.), *Arztrecht in der Praxis*, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 238.

<sup>62</sup> Selbst in einer Publikation, die vom genannten Kommentator mitverfasst wurde, finden sich keine näheren Angaben dazu, wie unter der Geltung des Medizinalberufegesetzes mit Mitarbeitenden in medizinischen Aktiengesellschaften umzugehen ist. Siehe ROLF H. WEBER/BORIS ETTER, *Die medizinische Aktiengesellschaft. Rechtsfragen der Unternehmensorganisation und der Unternehmensführung*, Bern 2007, S. 19 ff.

<sup>53</sup> Vgl. RENÉ RHINOW, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern, Stand 1991, Art. 31bis, N. 43 ff.

<sup>54</sup> RETO JACOBS, St. Galler Kommentar, Art. 95 BV, N. 8.

<sup>55</sup> Siehe auch FELLMANN (Fn. 1), Rz. 6 f.

<sup>56</sup> Siehe bei Fn. 38 f.

medizinischen Verantwortung stehen, nach den ersten drei Kriterien als unselbstständig gelten und privatrechtliche Gebilde, in denen Medizinalpersonen beschäftigt werden, die vom Bundesrat in der parlamentarischen Debatte angeführte Aufsichts- und Disziplinarfunktion<sup>63</sup> nur sehr beschränkt wahrnehmen können; nur schon deshalb, weil die zu qualifizierende Person, die sozialversicherungsrechtlich unselbstständig erscheint, innerhalb der juristischen Person allenfalls die fachlich am besten qualifizierte Person ist.

## b) Politische Interventionen

[Rz 37] Neben diesen überwiegend kritischen Lehrmeinungen haben die Unklarheiten dieser Auslegung auch zu parlamentarischen Vorstössen geführt. So hat etwa Nationalrat JÜRGEN STAHL am 18. Juni 2007 die Frage an den Bundesrat gerichtet,<sup>64</sup> wie der Begriff «selbstständige Ausübung» im Medizinalberufegesetz zu verstehen sei und ob dadurch insbesondere auch Medizinalpersonen miterfasst seien, welche für die wissenschaftliche und betriebliche Leitung einer Einrichtung verantwortlich seien, jedoch nicht Inhaber der Einrichtung seien, in welcher sie ihre Berufstätigkeit eigenverantwortlich ausüben. Bundesrat COUCHEPIN wiederholte zunächst die bereits kritisierte Aussage,<sup>65</sup> dass aufgrund von Art. 95 Abs. 1 BV dem Bund die Kompetenz fehle, für die unselbstständige Berufsausübung zu legiferieren. Er legte dar, dass selbstständig im Sinn des MedBG nur sei, wer als selbstständig nach den in der Botschaft genannten Abgrenzungskriterien gelte; alle anderen Medizinalpersonen unterstützen, selbst wenn sie in verantwortlicher Stellung tätig seien, der kantonalen Regelungshoheit.

[Rz 38] Eine Interpellation von Nationalrat LUC RECORDON vom 22. Juni 2007 bringt die Problematik sodann auf den Punkt:<sup>66</sup> Sie fragt danach, ob der Bundesrat bemerkt habe, dass die vorgeschlagene Auslegung der selbstständigen und der unselbstständigen Tätigkeit der bisherigen Praxis der Kantone widerspreche und welche Lösungen vorgesehen seien, um die Bewilligungsverfahren zur bestmöglichen Wahrung der öffentlichen Gesundheit zu harmonisieren und zu vereinfachen. Die Frage wurde vom Bundesrat am 12. September 2007 beantwortet, die Interpellation ist bislang im Plenum jedoch noch nicht behandelt worden, nachdem der Interpellant sich in der Sitzung vom 5. Oktober 2007 von der bundesrätlichen Antwort nicht befriedigt gezeigt hatte. In seiner Antwort verwies der Bundesrat erneut auf seine eigenwillige Interpretation von Art. 95 Abs. 1 BV, informierte dann aber darüber, dass das Bundesamt für Gesundheit im März 2007 eine Informationstagung mit den Kantonen durchgeführt

habe. Konkret laute der Vorgehensvorschlag, dass die Kantone ihre Gesundheitsgesetze minimal anpassen müssten. Mit einem Verweis auf die Vorgaben des Medizinalberufegesetzes für die selbstständig Tätigen könnte für die «fachlich verantwortlichen» unselbstständigen Angehörigen der universitären Medizinalberufe eine Bewilligungspflicht vorgesehen und auch auf die gleichen Berufspflichten und das gleiche Disziplinarrecht verwiesen werden. Damit würde wieder eine kohärente Rechtslage geschaffen.

[Rz 39] Man kann sich hier, insbesondere betreffend des vorgeschlagenen Vorgehens, des Eindrucks kaum erwehren, dass hier die unzutreffende Auslegung, die der Bundesrat dem Begriff der selbstständigen Berufsausübung gegeben hat, durch die Hintertür harmonisierter kantonomer Gesundheitsgesetze wieder korrigiert werden soll. Pragmatisch betrachtet ist es wohl richtig, den Schaden so zu begrenzen, juristisch wird die Argumentation mit den unsachgemässen Abgrenzungskriterien und dem unzutreffenden Argument mit Art. 95 Abs. 1 BV dadurch aber nicht besser.

## V. Wie weiter?

### 1. «Korrekte» Interpretation

[Rz 40] Obwohl einige Elemente im Rahmen der Entstehungsgeschichte des Medizinalberufegesetzes dagegen sprechen, Selbstständigkeit in dem Sinn zu interpretieren, dass die eigene fachliche Verantwortung das entscheidende Kriterium ist, drängt sich eine solche Interpretation im Hinblick auf den gesundheitspolizeilichen Zweck der Berufsausübungsbeurteilung, die Praktikabilität der Regelung und die Kohärenz mit der überwiegenden früheren Praxis der Kantone auf.<sup>67</sup> Zudem wurde dargelegt, dass die vom Bundesrat vertretene Interpretation auf zwei miteinander verketteten Missverständnissen beruht und insofern nicht ausschlaggebend sein kann. Vor allem aber hat sich auch in der parlamentarischen Debatte gezeigt, dass durchaus das Verständnis vorherrschte, dass die Selbstständigkeit an die fachliche Verantwortung anknüpfe, weshalb die gesonderte Aufnahme des Begriffs «eigenverantwortlich» im Ingress von Art. 40 MedBG letztlich auch abgelehnt wurde.

[Rz 41] Die Botschaft zum Psychologieberufegesetz würde die Möglichkeit eröffnen, das gesetzgeberische Versehen im Zusammenhang mit dem Medizinalberufegesetz zu berichtigen und wieder – wie bereits im Vorentwurf aus dem Jahr 2005 – den früheren und sachlich zutreffenden Selbstständigkeitsbegriff zu verwenden.

[Rz 42] Gegen eine Neuinterpretation, d.h. eine inhaltlich korrekte Erfassung des Begriffs, spricht allenfalls die «normative Kraft des Faktischen»: Der Bundesrat und das BAG haben wiederholt auf ihrer Interpretation beharrt. Die Kantone

---

<sup>63</sup> Siehe bei Fn. 40.

<sup>64</sup> 07.5222, Fragestunde, Frage, Medizinalberufegesetz, beantwortet am 18. Juni 2007 (AB 2007 N 916).

<sup>65</sup> Vorne Rz. 32 f.

<sup>66</sup> Interpellation LUC RECORDON, 07.3530, Unselbstständige Ausübung eines Medizinalberufs, vom 22. Juni 2007.

---

<sup>67</sup> GÄCHTER/VOLLENWEIDER (Fn. 1), Rz. 455.

wurden aufgefordert, komplementär zum engen Verständnis der Selbstständigkeit zu legiferieren und haben das auch getan. Eine Neuinterpretation würde dazu führen, dass gewisse Redundanzen in der kantonalen Gesetzgebung entstünden bzw. Regelungsbereiche vom Bundesrecht überlagert würden, die dies bei einer engen Interpretation nicht gewesen wären. Dies würde zu einem gesetzgeberischen Zusatzaufwand in den Kantonen führen, der sich sachlich aber wohl rechtfertigen liesse.

## 2. Anpassung durch den Gesetzgeber

[Rz 43] Transparent und klar, insbesondere auch im Hinblick auf die Folgegesetzgebung im Bereich der Psychologieberufe, wäre die Aufnahme einer unzweideutigen gesetzlichen Definition des Begriffs der selbstständigen Berufsausübung ins Medizinalberufegesetz<sup>68</sup> (und in der Folge auch ins Psychologieberufegesetz). Diese Definition müsste, wie dies bis zur bundesrätlichen Botschaft stets der Fall war, auf die Zwecke der Bewilligungspflicht ausgerichtet sein und damit primär auf die fachliche Eigenverantwortlichkeit der Medizinalpersonen abstellen. Die sozialversicherungs- oder steuerrechtliche Qualifikation einer bestimmten Tätigkeit könnte dabei nicht mehr als eine blosser Hinweisfunktion haben, wenn die Verhältnisse unklar sind;<sup>69</sup> keinesfalls kann sie für das Medizinalberuferecht entscheidend sein.

[Rz 44] Da weder das Medizinalberufegesetz noch der Vernehmlassungsentwurf des Psychologieberufegesetzes einen einleitenden Artikel mit Begriffsdefinitionen enthalten, wäre der beste Ort für eine Legaldefinition die Stelle der ersten Erwähnung der selbstständigen Berufsausübung im Gesetz, nämlich Art. 1 Abs. 3 lit. e MedBG bzw. Art. 1 lit. f VE PsyG.<sup>70</sup> Art. 1 Abs. 3 lit. e MedBG könnte dabei wie folgt neu formuliert werden: «*die Voraussetzungen zur fachlich eigenverantwortlichen Ausübung der universitären Medizinalberufe (selbstständige Ausübung)*». Damit wäre der Begriff für alle weiteren Bestimmungen des Gesetzes geklärt, in denen von selbstständiger Ausübung die Rede ist (Art. 5 Abs. 2, 34–40, 65 MedBG). Eine analoge Definition könnte ins Psychologieberufegesetz aufgenommen werden. Alternativ könnte auch Art. 34 MedBG um einen klärenden zweiten Satz ergänzt werden: «*Als selbstständige Ausübung gilt die fachlich eigenverantwortliche Ausübung des Medizinalberufs.*».

## 3. Ausblick, insbesondere auf das Psychologieberufegesetz

[Rz 45] Es ist bedauerlich, dass sich bei einem umsichtig und

von langer Hand vorbereiteten Gesetz in einer verhältnismässig späten Phase die beschriebenen Missverständnisse eingeschlichen haben. Diese stellen den vereinheitlichenden und zugleich klärenden Effekt eines zentralen Teils des Gesetzes in Frage. Zudem ist erstaunlich, dass sich Bundesrat und Bundesämter zur Rechtfertigung immer wieder hinter einer restriktiven Auslegung von Art. 95 BV verstecken, die weder im Verfassungstext noch in der einschlägigen Lehre eine Stütze findet. Immerhin lassen die beschriebenen Massnahmen zur «Schadensbegrenzung» erkennen, dass zumindest die Verwaltung unterdessen klüger geworden ist und in dem Sinn auf die Kantone einwirken möchte, dass möglichst keine weiteren Probleme entstehen.

[Rz 46] Man kann hoffen, dass sich entweder bald ein Interpretationskonsens entwickelt, der die selbstständige Ausübung wieder unter fachlichen Gesichtspunkten und nicht mehr nach Massgabe der hier unpassenden Kriterien aus dem Sozialversicherungs- und Steuerrecht beurteilt, oder dass sich der Gesetzgeber dazu durchringt, in demokratischer und transparenter Art und Weise eine gesetzliche Definition der selbstständigen Ausübung zu schaffen.

[Rz 47] So oder anders ist eine baldige und befriedigende Klärung der Frage nötig, denn das seit längerer Zeit vorbereitete Psychologieberufegesetz wird wiederum Regeln für die selbstständige Berufsausübung enthalten; und gerade für diesen Regelungsbereich wäre es ausserordentlich störend, wenn man an der unbefriedigenden Interpretation der selbstständigen Berufsausübung festhalten wollte, wie sie der Bundesrat für das Medizinalberufegesetz postuliert.

---

Dr. iur. Thomas Gächter ist Professor für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich und ständiger Gastprofessor für Sozialversicherungs- und Gesundheitsrecht an der Universität Luzern. Er dankt Caroline Brugger Schmidt, MLaw (Luzern), EMSS (Leuven), für ihre wertvollen Vorarbeiten zu diesem Beitrag und lic. iur. Eva Siki für die Durchsicht des Manuskripts.

---

\* \* \*

---

<sup>68</sup> So auch die deutliche Aufforderung von FELLMANN (Fn. 1).

<sup>69</sup> In diesem Sinn könnte auch die Äusserung von MARTI/STRAUB (Fn. 61), S. 238, gedeutet werden.

<sup>70</sup> Wobei in Art. 1 lit. f VE PsyG nur von Anforderungen an die Berufsausübung die Rede ist, nicht von der selbstständigen Berufsausübung. Diese wird erst in Art. 28 VE PsyG ausdrücklich erwähnt.